Archiv
für die
Civilistische Praxis.

Vierunddreißigster Band. Drittes Heft.

XII.

Einiges über die Zusammenrechnung der Besitzzeit verschiedner successiven Besitzer zum Zwecke der Vervollständigung des zur dreißigjährigen (erlöschenden) Verjährung erforderlichen Besitzes, nach den Grundsätzen des römischen und französischen Rechts, veranlaßt durch einen praktischen Fall.

Von

Herrn Dr. **Dernburg**,

Generaladvokat am Kassationshofe zu Darmstadt.

§. 1. Einleitung.

Der zu Essenheim wohnende Ackersmann J. A. Schmahl setzte sich im Jahre 1802 in den Besitz des Immobiliarvermögens seines Bruders A. Schmahl, bebaute und benutzte die Güter als Eigenthümer — animo sibi habendi. Alsbald nach dieser Besitzergreifung entfernte sich A. Schmahl von seinem Wohnorte Essenheim; es liefen keine Nachrichten von ihm ein, und in den dreißiger Jahren entschließen sich seine präsumtiven Erben, das Verfahren auf Verschollenheitserklärung gegen ihn einzuleiten, die denn auch wirklich vom Gericht ausgesprochen wurde. Gesetzlicher Vorschrift gemäß mußte sein Vermögen, ehe eine Besitzeinweisung (missio in possessionem) eintreten konnte, inventarisirt werden; die Verschollenheitskläger verlangten nun, daß die in Frage

befangenen Güter, von denen sie behaupteten, daß sie J. A. Schmahl als Bevollmächtigter des Verschollenen besitze, in das Inventarium, als zu dessen Vermögen gehörig, eingetragen werden, wogegen jener vorgab, er sei durch Kauf Eigenthümer derselben geworden. Diese Contestation gab zu einem weitläufigen, durch zwei Instanzen geführten Prozesse Veranlassung, und dessen Resultat war die Verurtheilung von J. A. Schmahl als m. f. possessor — die Behauptung, daß er als Verwalter besitze, konnte von Seiten der Kläger nicht wahr gemacht werden, sowie es dem Beklagten nicht gelang, seinen Eigenthumserwerb durch Kauf zu beweisen — zur Restitution der gezogenen und zu ziehenden Früchte, sowie die Anordnung, daß die Immobilien als A. Schmahl'sches Vermögen in das Inventarium eingetragen werden.

Schon im Laufe dieses Prozesses hatte sich ergeben, daß zur Zeit des Beginns des Rechtsstreites mit J. A. Schmahl über das Eigenthum dieser nicht mehr Besitzer war, daß derselbe vielmehr die streitigen Güter mit noch anderen schon lange vorher, im Jahre 1824, durch eine sogenannte Theilung der Eltern unter ihre Kinder — divisio parentum inter liberos — seinen Kindern überlassen hatte, die sich auch seit jener Zeit im Besitz derselben befanden; diese Theilung war aber nicht, wie der code civil in seinem Artikel 1076 es vorschreibt, in testamentarischer oder Schenkungsform gemacht, vielmehr unter Privatunterschrift, war daher radical nichtig und nicht geeignet, Rechte zu übertragen. Die Kläger im ersten Prozesse wendeten sich nun im Jahre 1848 mit einer Räumungsklage (Vindikation) gegen die jetzigen Besitzer, und stützten ihren Eigenthumsbeweis theils auf die Urkunden, die schon im früheren Prozesse gegen den Autor der Beklagten im zweiten Prozesse gedient hatten, theils auf die Judikate selbst, die gegen ersteren erwirkt worden, von denen sie glaubten, sie bildeten res judicata gegen die Successoren. Diese Behauptung suchten sie damit zu rechtfertigen, daß sie die erwähnte Thei-

lung als eine successio universalis darstellten, die sogar die Wirkung äußere, Rechtskraft gegen die Successoren zu schaffen, obschon der Rechtsstreit mit dem Autor nach vollzogener Theilung geführt worden. Die Beklagten bestritten das Eigenthum der Kläger sowie die Beweiskraft und Rechtskraft der ihnen entgegengesetzten Urkunden, behaupteten aber eventuell, die Klage sei durch Nichtanstellung in mehr als 30 Jahren — seit 1802 — erloschen; die frühere Klage könne, da sie gegen den unrechten Beklagten angestellt war, als eine Unterbrechung nicht gelten.

In erster Instanz wurde die Klage abgewiesen, weil das Eigenthumsrecht der Kläger nicht bewiesen sei; in zweiter Instanz wurden zwar in dieser Hinsicht die Gründe der vorderen Gerichte mißbilligt, dagegen die Einrede der erlöschenden Verjährung als begründet angenommen. Die Vindikationsklage, sagte der Oberrichter, sei schon seit 1802 geboren (nata), seit dieser Zeit bis zum Jahre 1848 nicht angestellt gewesen, sohin erloschen. Die Behauptung der Rechtskraft aus der vorderen Judikation glaubte der Appellationsrichter damit beseitigen zu müssen, daß er konsiderirte, die Kläger wollten diese Rechtskraft aus der Theilung vom Jahr 1824 deduziren, diese sei aber absolut nichtig et quod nullum est, nullum producit effectum.

Die Kläger wendeten sich nunmehr mit einem Kassationsgesuch an den obersten Gerichtshof; ihre Kassationsmittel resumiren sich in nuce in Folgendem. Als erstes Kassationsmittel machten sie geltend, eine vorgebliche Verletzung des Art. 2262 c.c. über die dreißigjährige Verjährung und suchten unter Andrem auszuführen, wie im Allgemeinen jede Vindikationsklage gegen verschiedene successiven Besitzer eine verschiedene Klage sei, die Realklage gegen den zweiten Besitzer B sei nicht dieselbe, wie die gegen den früheren Besitzer A. da nun jede Klage erst in dreißig Jahren verjähre, vorliegend aber die heutigen Beklagten eingestandener Maßen nur seit 1824 besitzen, so sei der vom Obergerichte angewendete Art. 2262 verletzt. Als zweites Kassationsmit-

tel reproducirten sie wieder die Behauptung der bestehenden Rechtskraft, gestützt auf die vorgebliche successio universalis aus der elterlichen Theilung, und den Grund, den das Obergericht für die Nichtberücksichtigung des Mittels in der Nichtigkeit der Theilung fand, bekämpften sie mit der Aufstellung, daß, wenn auch diese Theilung zum Nachtheile der Schenknehmer nichtig sei, daraus noch nicht folge, daß diese Nichtigkeit auch zu ihrem Vortheil angerufen werden könne.

Daß das zweite Kassationsmittel keinen Anklang finden konnte, ergibt sich von selbst. Eine divisio parentum inter liberos durch ein Geschäft unter Lebenden bildet nach französischem Recht keine successio universalis, umfaßte sie auch das Gesammtvermögen, was in substrato gar nicht der Fall war; alle Rechte die die Gläubiger gegen die Successoren ex titulo singulari geltend machen können, bestehen nach dem Grundsatze nemo liberalis nisi liberatus, in der actio pauliana, ein Grundsatz, der, wenn er auch hier anwendbar wäre, nicht bis zur Rechtskraft eines Urtheils führen könnte, das auf eine, lange nach der Vollendung des Geschäfts, gegen den Autor ergangene Klage erlassen wurde. Das erste Mittel, entkleidet von einer Reihe von Nebendeduktionen, die wir hier als für unseren Zweck unerheblich übergehen, gab zu folgender Aeußerung des Kassationshofs in seinem Urtheile vom 4. März 1851 Veranlassung: daß nach römischem Rechte, welches inhaltlich des Art. 2281 c.c., da es sich von einer vor dem Entstehen des code civil begonnenen Verjährung handle, zur Anwendung kommen müsse — „die einmal begonnene Klageverjährung ihren Lauf fortsetze, ohne Rücksicht auf den Wechsel der Besitzer, und der Beklagte, die ganze Zeit, wo dem Abwesenden ein Klagerecht gegeben war, anrufen könne.“ [1])

1) Um dieses Urtheil des höchsten Gerichts begreifen zu können, ist die Bemerkung nöthig, daß dasselbe nach seiner Praxis der Ansicht huldigt, daß es bei der erlöschenden Verjährung auch nach can. Rechte nicht einmal bei Realklagen auf die bona fides ankomme; anders hatte die Zeit, während welcher J. A. Schmahl besaß, nachdem das vordere Gericht

Hat der Kassationshof damit entschieden, daß bei der erlöschenden Verjährung, denn hiervon konnte es sich allein, die Sache nach röm. Rechtsgrundsätzen betrachtet, wegen der mala fides des Autors des Kassationsbeklagten handeln, eine Zusammenrechnung der zur Vollendung der Klageverjährung erforderlichen Zeit auch dann statt finde, wenn der successive Besitz durch eine Singularsuccession vermittelt wurde und der Titel der Succession radikal nichtig ist? Darüber kann der Referent keinen Aufschluß geben. Dieser Gesichtspunkt wurde weder in den schriftlichen, noch in den mündlichen Partheivorträgen berührt; er würde nach römischem Rechte auf eine Verletzung des fr. 2. §. 16. dig. pro. empt., und nach französischem Rechte auf eine Verletzung des Art. 2235 und art 1076 c.c. hinauslaufen, Gesetzesstellen, die formell entweder gar nicht, oder nicht im angeregten Sinne als verletzt angerufen waren. Die Staatsbehörde, die der Ansicht war, daß in cassatorio ein vom Kassationskläger nicht angerufenes Rechtsmittel ex officio nicht berücksichtigt werden dürfe [2]), berührte unsere Frage nur obiter, der Kassationshof ging auch in eine deßfallsige weitere Erörterung nicht ein; um deßwillen kann die sehr wichtige Frage, wie sie von Savigny in seinem System nennt [3]), hier nur rein theoretisch behandelt werden.

§. 2. Allgemeine Betrachtungen.

Unsere Frage ist eine komplexe; sie zerfällt nothwendig in zwei andere Fragen, in eine Vorfrage und eine Hauptfrage, nämlich: 1) findet überhaupt bei der erlöschenden Verjährung eine Zusammenrechnung der Besitzzeit der verschiedenen Besitzer statt? 2) findet sie abgesehen vom Requisite der bona fides nur statt unter denselben Voraussetzungen, wie bei der erwerbenden Verjährung. Allgemeine

---

einmal in facto angenommen hatte, daß derselbe malae fidei possessor war, nicht gerechnet werden dürfen.

2) Dalloz, jurisprudence gen. mot. Cassat. Chap. 8. §. 2.

3) v. Savigny, System 5. Band, Seite 362.

Gesichtspunkte würden uns zu folgendem Resultate führen können.

Die Lehre von der accessio possessionis ist nach zwei verschiedenen Richtungen hin anomal und wie uns das römische Recht sagt [4]), nur ein Produkt der aequitas. A besitzt bona fide und justo titulo fünf Jahre als Eigenthümer, B, gleichgiltig qua successor universalis oder singularis, die weiteren fünf Jahre, der Besitz ist eine Thatsache, läßt sich nicht übertragen, kein Rechtsgeschäft in der Welt kann bewirken, daß der Besitz des A Besitz des B werde; nicht einmal der römische Erbe succedirt in den Besitz, er succedirt auch da, wo ein Uebergang ipso jure eintritt, nur in das omne jus defuncti; das ist trivial. Das Recht, welches durch Verjährung erworben oder verloren gehen soll, wird nicht zeittheilweise erworben, bei der zehnjährigen Verjährung nicht etwa jedes Jahr ein Zehntel, und zwar nicht einmal intellectu; nein! bis zum letzten Tagesmoment der zur Verjährung, erwerbenden oder erlöschenden, erforderlichen Zeit ist noch gar Nichts erworben, mit diesem Moment aber das ganze Recht. Daher sagt von Savigny [5]) da, wo er die Lehre von der Wirkung neuer Gesetze auf frühere Rechtsverhältnisse behandelt, mit Recht: das neue Gesetz, welches den Zeitraum der Verjährung verlängert, ist sogleich anwendbar auf die laufende Usucapion und Klageverjährung. Nach strengen Rechtsprinzipien wäre also bei einer begonnenen Verjährung nichts zu übertragen und könnte nichts übergehen. Indessen wäre die Konsequenz sehr oft hart und unbillig. Jeder bonae fidei possessor würde sich bei Veräußerung der Gefahr Eviction prästiren zu müssen, um die ganze Zeit, die er besessen, länger ausgesetzt sehen; der successor universalis würde die volle Verjährungszeit neuerdings für sich zu vollenden haben, wenn seinem Erblasser

---

4) **Scaevola, in fr. 14. dig. de div. temp. praescript. .... consistunt enim in sola aequitate.**

5) System, 8. Band. Seite 431. Nr. 4.

vielleicht nur noch eine Stunde gefehlt hätte, Eigenthum zu erwerben und zu übertragen; daher bildete sich contra rationem juris der Uebergang einer nur sehr problematischen Expectanz als wäre sie ein Recht auf den Successor aus, und zwar wahrscheinlich vorerst bei der Universalsuccession, dann bei dem Uebergang ex causa empt. vendit, der andern onerose Geschäfte gleichgesetzt wurden. Man ging aber in der Rechtsbildung noch weiter, und ließ die accessio auch da zu, wo von einer eigentlichen successio gar keine Rede sein kann, nämlich bei redhibitorischen und revocatorischen Verhältnissen, wo also durch eine Geschäftsauflösung der frühere Besitzer wieder in den Besitz der Sache trat, gleichgiltig, ob der Rückgang des Besitzes freiwillig vor sich ging oder ob er durch den jussus des judex veranlaßt wurde[6]), endlich setzte man die causae lucrativae ebenfalls den onerosen gleich.[7]) Eine Hoffnung nahm unter der Hand der das Recht fortbildenden Juristen die Gestalt eines Rechtes an. Damit steht aber der Satz in engster Verbindung, daß, wo die access. poss. durch eine successio singularis vermittelt werden soll, zu derselben ein rechtsgiltiges Geschäft erfordert ist.

fr. 2. §. 16. dig. pro. emptore.

Si a furioso quem putem sanae mentis, emero constitit, usucapere utilitatis causa me posse, quamvis nulla esset emptio ideo neque de evictione actio nascitur mihi, nec Publiciana competit, nec accessio possessionis.[8])

Alles dieses, ließe sich nun sagen, findet seine Anwendung bei der erwerbenden Verjährung; hier liegt der Schwerpunkt des Instituts in der Person des erwerben Wollenden; er erwirbt bei vollendeter Verjährung ein Recht, und, wie nachgewiesen, die Hoffnung auf diesen Erwerb, wird

---

6) frg. 13. §. 2. 6. et §. 8. dig. de acq. vel. am., poss. frg. 6. §. 1. de div. temp. praescr.

7) fr. 13. §. 10. et 11. bid.

8) cf. ins. omn. Unterholzner, die Lehre von der Verjährung, Band I. Seite 460. Nr. 3464. §. 132. im Anfange, Seite 480. Nr. 1.

als ein bereits erworbenes Recht fingirt und Gegenstand eines Rechtsübergangs; anders verhält sich die Sache bei der erlöschenden Verjährung; hier wird nichts erworben, der Schwerpunkt des Instituts liegt in der Person des Verlierenden, welche zur Strafe seiner Nachlässigkeit rechtlich behandelt wird, als hätte sie ihr Recht per longum silentium aufgegeben, und daher ein Recht verliert. Es ist aber viel schwieriger, sich den Uebertrag einer Aussicht auf einen in der Person eines andern möglicher Weise entstehenden Verlustes zu denken. Von persönlichen Klagen kann keine Rede sein; da findet bei einer successio universalis eine Fortsetzung der Person des Verbundenen statt, und eine successio singularis in Verbindlichkeiten gibt es nicht; bei Realklagen könnte man aber auf folgendes Dilemma kommen. Entweder man betrachtet die successiven Realklagen gegen die verschiedenen Besitzer als getrennte, voneinander ganz unabhängige Klagen, die zwar ein gemeinschaftliches, juristisches Moment haben, nämlich das in Frage kommende Realrecht, dagegen auf einer unter sich unabhängigen faktischen Voraussetzung beruhen, dem Besitz des jeweiligen Beklagten, und läugnet daher die Zulässigkeit einer jeden Zusammenrechnung der Zeit; ein System, das nach der Einleitung die Kassationskläger andeuteten, oder man geht den entgegengesetzten Weg, man betrachtet das Klagerecht als etwas Abstraktes, das mit der Person des Beklagten in gar keiner Verbindung steht, welches, ist es in 30 Jahren nicht geltend gemacht, erlischt, ohne alle Rücksicht auf die Person des Besitzers, ohne Rücksicht daher auf die Art des Besitzwechsels, ob mit oder ohne rechtsgiltigen Uebergang, ja sogar wenn gar kein Zusammenhang zwischen den verschiedenen Besitzern stattfindet; ein System, das möglicher Weise dem Kassationshofe bei Erlaß seines Urtheils vorschwebte.

§. 3. Römisches Recht.

Keines der beiden Systeme ist römisch rechtlich, vielmehr läßt dieses Recht bei der erlöschenden Verjährung die

accessio possessionis, aber wieder mit der Nothwendigkeit eines zwischen den verschiedenen Besitzern bestehenden vinculum juris zu.[9])

Man will zwar die Sache schon damit abgemacht wissen, daß man sich auf das beruft, was bei der longi temp. possessio galt. Es sei höchst wahrscheinlich, wenn nicht gewiß, daß die Lehre von der accessio possessionis sich gerade bei dem Institute der l. t. p. ausgebildet habe und erst durch Justinian in seiner bekannten Konstitution de usucapione transformanda auf die usucapio übertragen worden, die l. t. p. sei aber eine erlöschende und keine erwerbende Verjährung gewesen; es sei daher gerade in Bezug auf jene das ganze Lehrgebäude entstanden. Diesen Grund möchten wir aus zwei Gesichtspunkten nicht als entscheidend gelten lassen. Einmal weil es uns ebenfalls vorkömmt, als wäre die l. t. p. erwerbend gewesen. Bekanntlich sagt uns dieses Justinian in seiner const. 8. de praescr. XXX vel XL annorum: hoc enim et veteres leges (si quis eas bene inspexerit) sanciebant, und dahin scheint auch die Rechtsanalogie zu gehen. Die durch die Gerichtspraxis (jurisdictio) angeführten Institute überflügelten gewöhnlich ihr streng römischrechtliches Vorbild, weil sich ihrer vollsten sachgemäßen Ausbildung kein historisches Hinderniß entgegenstellte. Eben bei der Lehre von der accessio possessionis haben wir ein eklatantes Beispiel dieser freien Rechtsbildung, und auch noch an andern Beispielen fehlt es in dieser Lehre nicht. Wir erinnern bloß an die Erlöschung des Pfandrechts durch l. t. p., was bei der Usucapion unmöglich war; warum soll sie nun in einem so wesentlichen Punkte, wie der des Rechtserwerbs ist, hinter ihrem Vorbild zurückgeblieben sein? Ihre Benennung praescriptio entscheidet nichts, sie deutet höchstens auf den prozessualischen Ursprung des Instituts,

9) Am ausführlichsten behandelt die Frage von Savigny l. sup. cit. S. 362—366. Auch zu vergl. Denzinger, von der accessio possessionis. S. 134 und an a. O. der Monographie.

nicht aber läßt sich aus ihr auf dessen Wirksamkeit schließen. Es ist bekannt, daß die freien Institute des römischen Rechts auf dem Weg des Prozesses und nicht auf dem der Gesetzgebung entstanden sind. Derjenige, der justo titulo bona fide, die erforderliche Zeit besessen hat, stellt auch gegen den dominus, oder wie man den Herrn eines Provinzialgrundstücks nennen mag, seine petitorische Klage an: eine solche muß ihm gegen jeden Andern schon vor vollendeter Verjährungszeit zugestanden haben, und auf die exceptio dominii, oder wie die Exception sonst geheißen haben mag, erfolgt die replica l. t. poss. mit vollem Effekt. Ferner scheint uns das, was bei der l. t. p. gilt, darum kein entscheidendes Moment für unsere rein erlöschende Verjährung des neuen Rechts, weil selbst in der Unterstellung, daß sie nur eine Exception begründet hätte, der Schwerpunkt des Instituts immer noch in der Person des Besitzers liegen würde, der mindestens eine Exception durch die Voraussetzungen, die in ihm liegen, erwirbt; ganz anders bei der reinen erlöschenden Verjährung der Eigenthumsklage, die rücksichtlich des m. f. possessor eintritt, wo nur die Person des Vindikanten in Anschlag kömmt. Nicht zu übersehen ist, daß Justinian auch in seiner bekannten Const. un. cod. de usucapione transformanda der accessio possessionis nur erwähnt, wo es sich von einer b. f. poss. handelt, und der Antecessor ein justus possessor war. Nichts desto weniger ist die communis opinio die richtige, und es läßt sich die positive und negative Seite der Lehre vollständig nachweisen, positiv, daß bei der erlöschenden Verjährung von Realklagen das tempus possessionis des Autors dem Successor zu statten kommt; negativ, daß dieses wenigstens dann nicht der Fall ist, wenn ein malae fidei possessor besessen, und zwischen ihm und seinem Successor ein vinculum juris nicht besteht. Es scheint daher noch in der Kaiserzeit die Praxis so viel Lebenskraft gehabt zu haben, ein früher bestandenes Institut auf ein neues Rechtsverhältniß zu übertragen. Der allgemeine Satz ist weniger legislativ ausgesprochen als un-

terstellt in einer Konstitution von **Justinus** über die Verjährung der Hypothekarklage.[10]) Nachdem der Kaiser festgesetzt hatte, daß die Hypothekarklage gegen den Schuldner, der das Pfand besitzt in 40 Jahren, gegen den Nachhypothekar, der das Pfand besitzt (tenentem hypothecam) so lange der gemeinschaftliche Schuldner lebt, ebenfalls in 40, nach dessen Tode aber in 30 Jahren erlöschen soll, regulirt er den Fall, wo die Verjährungszeit für die actio hypothecaria des Vorhypothekars theils während des Lebens des Schuldners, theils nach seinem Tode verlaufen ist, gleichgiltig ob der Nachhypothekar beim Leben des Schuldners das Pfand besessen hat oder der Schuldner selbst, und dieser erst später den Besitz überkömmt, und gestattet eine Verbindung beider Zeiten zur Kompletirung der 40jährigen Verjährung. Die Erlöschungszeit der actio hypothec. gegen den Schuldner und jene derselben actio gegen den Nachhypothekar werden sohin zusammengerechnet und gegen beide als eine und dieselbe Klage behandelt. Die Beschränkung, daß ein Uebertragstitel den früheren und den späteren Besitz verbinden muß, ist auf der anderen Seite klar ausgesprochen, in der bereits oben angeführten Const. 8. von **Justinian**. Durch diese Konstitution wird bekanntlich die erlöschende 30jährige Verjährung für den Fall zu einer erwerbenden erhoben, wenn der Besitzer in gutem Glauben ist. Ist aber der Besitzer in bösem Glauben, so unterscheidet die Konstitution, entweder der wahre Eigenthümer oder der Pfandgläubiger kommen wieder in den Besitz, dann steht jenem, der in der früheren Klage obsieglich war, keine Vindikationsklage gegen den früher besiegten Eigenthümer, der seinen Besitz wieder bekommen hat, zu, oder der frühere Besitzer, prior possessor **verliert** den Besitz und ein Anderer ergreift denselben, der nullum jus an der Sache hat, so soll gegen den neuen untitulirten Besitzer die Verjährungszeit von neuem laufen müssen [11]); also selbst in dem

10) Const. 7. §. 2. de praes. rescript. XXX. al XL. an.

11) cf. v. **Savigny** S. c. S. 365. p. u.

Falle soll die Exception des prior possessor dem posterior possessor nichts helfen, wenn der erstere schon siegreich den wahren Eigenthümer mit seiner Klage aus dem Felde geschlagen hat: non obstante ei (domino) quod prior possessor 30 vel 40 annorum exceptione eum removerat nisi ipse injustus possessor 30 vel 40 annorum ex eo tempore computandorum ex quo prior possessor qui evincit (der siegreich in der ersten Klage war) possessione cecidit exceptione munitus est. Wenn also in einem solchen Falle die in judicio bereits als bestehend anerkannte Exception den posterior possessor nichts nützt, so kann a fortiori eine bloß begonnene Verjährungszeit nichts helfen. Charakteristisch ist aber noch der Ausdruck possessione cecidit, sowie die Sorgfalt, womit die Ausdrücke auctor und successor vermieden und statt deren prior und posterior possessor gebraucht werden. Wo ein regelmäßiger Uebergang der possessio statt hatte, da läßt sich nicht von einem cadere a possessione sprechen, und nur da gibt es ein auctor und successor. Das Resultat nach römischem Rechte wäre sohin:

1) Auch die exceptio, welche dem nachlässigen Gläubiger opponirt wird, wird, wenn auch noch nicht erworben, utilitatis causa als ein Recht behandelt.

2) Dieses Recht kann übertragen werden.

3) Eben deßwillen kann es nur der successor in Anspruch nehmen, dem ein rechtsgiltiger Uebergangstitel zur Seite steht.

4) Nur in diesem Falle wird die Klage gegen den auctor und jene gegen den successor als identisch behandelt, in jedem anderen Falle haben wir verschiedene in sich unabhängige Klagen vor uns, von welchen jede ihre eigene Verjährungszeit durchzulaufen hat; daß übrigens diese accessio possess. von der der erwerbenden Verjährung sich dadurch unterscheidet, daß keine bona fides bei dem successor selbst ex titulo singulari nothwendig ist, versteht sich von selbst.

§. 4. Französisches Recht.

Die ganze Lehre von der accessio possessionis, die im römischen Rechte eine so reiche Ausbildung erhalten hat, findet sich in einem einzigen Artikel decretirt.

Art. 2235. Pour completer la prescription on peut joindre à sa possession celle de son auteur, de quelque manière qu'òn lui ait succedé, soit à titre universel ou particulier, soit a titre lucratif ou onereux.

a) On peût joindre. Man muß aber diesen Besitz nicht verbinden, was bei der successio titulo singulari dann von Interesse ist, wenn der Autor den Usucapionsbesitz entbehrte, weil er mala fide war, oder keinen titulus hatte. [12])

b) Auteur. Der prior possessor muß sich zum posterior verhalten, wie ein auctor zum successor oder, wie sich Donellus bei Behandlung dieser Lehre ausdrückt, ut auctor nobis sit. [13])

Es muß sohin ein vinculum juris unter ihnen bestehen; besteht kein Titel, oder ist der Titel nichtig, so fehlt es an der Autorschaft. [14])

c) Auteur — succedé — à titre. Der Artikel hat nur den ganz einfachen Fall vor Augen, daß ein Rechtsübergang durch Beerbung oder durch ein translatives Rechtsgeschäft statt hatte; er schweigt aber von den namentlich im französischen Rechte so oft vorkommenden Fällen, in welchen durch Vertrag oder Gesetz ein früherer Besitzer wieder zu dem von ihm oder seinem Erblasser aufgegebenen Besitz gelangt; man denke an die verschiedenen Rückfallsrechte, droits de retour, an die Collation, an die Einziehung eines ent-

---

12) frag. 5. p. Dig. de de. temp. praescr.

13) Don jur. rom. civ. XIII. Com.

14) Troplong, de la prescription: I. Nr. 435. Dieser Schriftsteller hätte sich hier präciser ausdrücken können; sein Beispiel von einer Usurpation des posterior possessor nimmt der aufgestellten Regel ihre Schärfe, er hätte ein Beispiel aus einem nichtigen Titel nehmen sollen, etwa eine Schenkung unter Privatunterschrift, cf. Merlin repert. mot. praescr. sect. I. §. 5. art. III. Nr. VIII.

äußerten Vermögensstücks wegen verletzten Pflichttheils, an die vielen Resolutions-, Revocations- und Nullitätsklagen. Daß in allen diesen Fällen der intermediäre Besitz dem früheren Besitzer zugerechnet wird, kann nicht bezweifelt werden, aber doch gewiß, wie das römische Recht sich ausdrückt, sola aequitate. [15])

d) Soit a titre universel ou particulier. Nach römischem Rechte bestand bekanntlich in Bezug auf die accessio possessionis ein sehr namhafter Unterschied zwischen der successio universalis und singularis; bei jener schadet die mala fides des Erben nichts, wenn nur der Erblasser in bona fide war, wogegen ihm seine bona fides zu keiner Verjährung verhelfen kann; bei dieser hindert die mala fides des Rechtsnachfolgers die Verjährung, obschon beim Autor die mala fides superveniens auch nach römischem Recht nichts schadete; ist er bona fide, so beginnt er eine selbstständige Verjährung. Ueber den Grund des Unterschiedes ist Troplong nicht im Klaren. [16]) Er verwirft den Grund, daß der Erbe keinen neuen Besitz anfange, vielmehr nur den seines Autors fortsetze, während der successor titulo singulari ein solches thue, und zwar darum mit vielem Rechte, weil der Erbe den Besitz des Erblassers so wenig fortsetzt, wie der Singularsuccessor; das factum ist auch an und für sich hier gleichgiltig und nur aus dem Gesichtspunkte, daß man aus der Expectanz ein jus bildete, läßt sich das ganze Institut erklären. Der Unterschied liegt aber unserer Ansicht nach tiefer. Juristisch unterscheidet sich der Universalsuccessor von dem Singularsuccessor, daß jener in das ganze Recht des Erblassers als ein Ganzes succedirt, es daher auf das Bewußtsein in Bezug auf eine einzelne Sache nicht ankömmt, der Singularsuccessor succedirt in ein Einzelrecht, und sein Bewußtsein

15) Troplong, l. c. Nr. 445 und 446. bringt ersteren Satz mit der Früchterestitution in Verbindung, was nicht zutreffend ist, denn es wird die possessio auch in den Fällen accediren, wo von keiner solchen Restitution gesprochen werden kann.

16) Troplong, l. c. Nr. 429—432.

kann nicht gleichgiltig sein. Ratione aequitatis, worauf die ganze Lehre gebaut ist, liegt wieder ein bedeutender Unterschied vor. Jemanden zuzumuthen, eine ganze Erbschaft auszuschlagen, weil er das Bewußtsein hat, daß eine Sache sich darin befindet, die einen fremden Eigenthümer hat, das wäre hart, während es sehr gerecht ist, daß man sich vom Erwerb einer einzelnen Sache zurückhält, wovon man weiß, daß sie fremdes Eigenthum bildet. Wenigstens bei dem inversen Satz deutet uns der wortkarge Papinian unseren juristischen Gesichtspunkt an.

Pap. lib. 2. definitionum [17]):

cum heres in jus omne defuncti succedit ignoratione sua defuncti vitia non excludit.

Wir glauben daher, gegen die Ansicht von Troplong, daß auch noch im französischen Recht die römische Distinktion beizubehalten ist; die accessio possess. ist ein Nothbehelf für den successor, der vorerst ex sua persona in statu usucapiendi sein muß. Sollte die römische Distinktion nicht angenommen werden, so ließe sich eher auf den umgekehrten Satz kommen, daß auch der successor universalis selbst bona fide sein müsse, als auf die Ansicht von Troplong, daß ein successor singularis, der selbst keine possessio ad usucapionem hat, durch die accessio possessionis nicht bloß die possessio seines Autors, sondern sogar seine Usucapionsfähigkeit erwerbe.

e) Soit a titre lucratif ou onereux. Diese Bemerkung ist rein historisch; wir sind dem Code darüber nicht bös, daß er uns geschichtliche Momente an die Hand gibt, wir loben ihn darum, und bemerken nur, daß er in dieser Beziehung, so viel auch in neuerer Zeit in der französischen Literatur geschehen ist, noch lange nicht genug studirt ist.

Wir brechen hier ab, weil es unsere Absicht nicht war, einen vollständigen Traktat über die accessio possess. zu schreiben, und erörtern nur noch die Frage, die unsere Arbeit

17) Frag. II. dig. de div. temp. praescr.

veranlaßte; gilt die oben nachgewiesene Lehre auch bei der erlöschenden Verjährung der Realklagen? und diese Frage beantworten wir dahin: es gibt nach französischem Rechte keine erlöschende Verjährung einer Realklage, vielmehr ist jede Verjährung erwerbend; mit andern Worten, der m. f. possessor, der 30 Jahre besessen hat, erwirbt nicht bloß eine exceptio, sondern auch eine actio. Es stehen nämlich nach diesem Rechte zwei Sätze fest.

1) Die Eigenthumsklage erlischt in keiner Zeitperiode, so lange der Beklagte nur eine blose Detentio, aber keinen Besitz hat.[18])

2) Der dreißigjährige Besitzer, gleichgiltig ob er bona oder mala fide ist, erwirbt Eigenthum mit dem Ablauf der dreißig Jahre.

I. Früheres Recht vor dem Code.

Zum Beweise dieser Sätze sehen wir zurück auf das französische Recht vor dem Code, und nehmen unseren Leiter Pothier in seinen verschiedenen Traktaten über das französische Recht. Pothier behandelt mit vielem Rechte die Lehre von der erlöschenden Verjährung als modus extinguendae obligationis getrennt von der Lehre von der erwerbenden Verjährung als modus acquirendi, jene Lehre folgt dem allgemeinen Theile des Obligationsrechts, diese erscheint bei der Lehre über die Erwerbung des Eigenthums. Pothier, an den wir uns zunächst halten wollen, leitet seinen Traktat de la prescription damit ein, Nr. 1. La prescription dont nous traitons ici n'a rien de commun que

---

18) Ob nach reinem römischem Rechte derselbe Satz gilt, ist bekanntlich controvers, cf. für die bejahende Ansicht Unterholzner, l. c. II. Bd. §. 183. Für die verneinende, nämlich, daß die Realklage an und für sich auch nach 30 Jahren erlischt, v. Savigny System, V. Bd. S. 284. Nach der gewöhnlichen Ansicht über die Grundsätze des can. Rechts in dieser Lehre hat diese Controverse wenig praktische Bedeutung, anders nach der Note 1 angeführten Rechtssprechung des Oberappellations- und Kassationshofs zu Darmstadt.

lenom, avec celle qui fait la matière de l'oncième chapitre de la troisième partie de notre traité des obligations. Nous traitons ici de celle par la quelle quelqu'un acquiert par la possession qu'il a eue d'une chose, pendant le temps reglé par la loi le domaine de la propriété de cette chose, et l'affrauchissément de rentes, hypothèques et autres charges réelles dont elle était chargée, c'est aussi une des manières d'acquérir du droit civil etc.

In seinem Traktat über den allgemeinen Theil des Obligationenrechts finden wir die troisième partie überschrieben: des manières, dont s'éteignent les obligations et les différentes fins de non-recevoir ou prescriptions contre les créances, er geht jetzt die bekannten Aufhebungsarten der Obligationen durch, gelangt im 7. Kapitel zu den fins de non recevoir et prescriptions contre les créances, und sagt Artikel 2, de la presscription tentenaire:

Nr. 678. Regulièrement les actions, qui naissent des créances doivent être intentées, dans le temps de 30 ans. Lorsque le créancier a laissé écouler ce temps sans intenter son action le débiteur acquiert contre lui une prescription, qui rend le créancier non-recevable à la demander.

Die erlöschende 30jährige Verjährung wird sohin nur bezogen auf créances, créancier und débiteur; von Realrechten ist hierbei keine Rede. Dagegen behandelt der Traktat de la prescription nach der oben bemerkten Einleitung in dem 1. Theile die zehn- und zwanzigjährige Verjährung; dieser Theil ist überschrieben: de la prescription de 10 ou 20 ans, qui fait acquérir par la possession. Der Verfasser geht nunmehr in systematischer Ordnung die bekannten Requisite dieser Verjährung durch; der 2. Theil dagegen trägt die Ueberschrift: des autres espèces de prescriptions qui font acquérir par la possession, und hier erscheint im ersten Rang die 30jährige Verjährung, sie ist erwerbend, sie unterscheidet sich von der 10- und 20jährigen nur durch die Dauer des Besitzes und der Nicht-

existenz eines Titels, setzt aber bona fides voraus, sie kann sohin, schon durch den Beweis, daß der Prescribent nur detentor sei oder sich überhaupt in mala fide befinde, beseitigt werden.[20]) Wir haben daher das reine Resultat der Kombination des römischen mit jener des canonischen Rechts so verstanden, wie es auch v. Savigny in seinem Systeme gelten läßt[21]), vor uns:

1) Die 30jährige erlöschende Verjährung findet nur gegen persönliche Klagen Platz.

2) Bei Realklagen wirkt sie entweder gar nicht, im Falle der mala fides oder überhaupt des Mangels an Besitz, oder erwerbend, im Falle der bona fides, die vermuthet wird, wo aber der Gegenbeweis zulässig ist.

II. Recht des Code.

Fassen wir die beiden Artikel ins Auge, welche von der 30-, 10- und 20jährigen Verjährung handeln, so tritt uns das, was hier verordnet werden soll, gewiß nicht klar vor Augen.

Art. 2262 c.c. Toutes les actions tant réelles que personnelles se prescrivent par 30 ans, sans que celui qui allégue cette prescription soit obligé d'en rapporter un titre ou qu'on puisse lui opposer l'exception déduite de sa mauvaise foi.

Art. 2265 c.c. celui qui acquiert de bonne foi et par un juste titre un immeuble en prescrit la propriété par dix ans etc.

Hält man sich an den Wortlaut des erst allegirten Artikels und bringt ihn noch gar mit seinem Gegensatze in Verbindung, so muß man auf das Resultat kommen, daß 1. die 30jährige Verjährung eine erlöschende ist — les actions tant réelles que personnelles sont prescrites — sowohl bei per-

---

20) Pothier, l. c. Nr. 112 loq. Nr. 171, 172. Derselbe Schriftsteller à la coutume d'Orleans. Tit. XIV. Nr. 16—19.

21) v. Savigny, System, V. Bd. §. 244 ff.

sönlichen als bei Realklagen; 2. daß in der Person des Prescribenten weder Besitz noch Titel noch bonne foi erfordert wird, wir hätten also die rein erlöschende Verjährung des römischen Rechts; 3) daß es auch eine erwerbende Verjährung gebe, nämlich die 10- und 20jährige, die Besitz, Titel und bona fides voraussetzt. Wie es aber mit dem 30jährigen Besitz im guten Glauben gehalten sei, und welche Wirkung dieser habe, darüber würde der Code schweigen. Und merkwürdig, gerade das Umgekehrte ist wahr, und das Umgekehrte lesen auch alle Kommentarien des Code in unserem Artikel, die 30jährige Verjährung der Realklage setzt einen Besitz voraus, und ist erwerbend; ohne Besitz ist sie ohne alle Wirkung. Duranton findet daher gar nichts dabei, unseren Artikel ohne Weiteres folgender Art zu kommentiren: [22])

Nr. 343. Toutes les actions, tant réelles que personelles se prescrivent bien par 30 années mais sous les conditions suivantes:

1) pourvu que la chose ou le droit soit prescriptible.

2) que celui qui invoque la possession a l'effet d'acquérir ait une possession de la qualité et du temps voulu par la loi etc.

Nr. 344. En effet, il faut bien remarquer, que je ne perds pas mon droit de propriété et l'action, que j'ai pour revendiquer mon immeuble par le seul laps de 30 ans, si aucun autre n'en a joui à titre de propriétaire pendant ce même laps de temps ou pendant au moins 10 ou 20 ans, avec titre et bonne foi, puisque nous retenons la possession animo domini. Il faut pour que mon droit de propriété soit perdu, ou que l'action, qui en résulte soit éteinté par l'effet de la prescription, qu'un autre ait lui même acquis ce droit et ce n'est généralement que par une possession ou jouissance de 30 ans, qu'il l'aura acquis.

Wir haben gegen diese Sätze nichts einzuwenden, sie bildeten, wie nachgewiesen, das frühere Recht in Frankreich

22) Duranton, cours de droit civil XXI Bd. Nr. 323, 344.

mit der allerdings nicht sehr glücklichen Innovation, daß auch derjenige, der mit Bewußtsein seines Unrechts ohne Titel besitzt, also ein praedo possidens, nicht nur die Klage des Eigenthümers abweisen kann, sondern sogar Rechte erwirbt, daß daher ein bewußtes Unrecht zum Recht werde; aber gestehen müssen wir, daß es uns mit einer solchen Texterklärung vorkömmt wie mit einem Autor, der die Korrektur seines eignen Werks unternimmt. Ein solcher liest gewöhnlich nicht den gesetzten Text, sondern seine gedachte Arbeit; ebenso lesen die Franzosen hier und an andern sehr vielen Stellen ihres Code ihr früheres Recht und kümmern sich um die Art der Fassung ihres sogenannten neuen Rechts nichts. So werden Gesetzbücher gemacht! Daß die Sätze wahr sind, sehen wir auch aus der Rede des Staatsraths Portalis in der Sitzung des gesetzgebenden Körpers vom 8. März 1804. Auch er nennt die prescription des actions réelles eine prescription afin d'acquérir und verlangt das fait de possession. [23]) Unser Resultat liegt auch im Entwicklungsgang des Rechts. Das alte Recht kennt keine erlöschende Verjährung der Realklage, verlangt aber zur Erwerbung eines Realrechts nach den Lehren des canonischen Rechts bona fides; das neuere wirft das letzte Requisit weg, kommt aber nicht, wie es hätte thun sollen, auf die römische Theorie zurück. Verwirrung und Unklarheit brachte der Gedanke, die Lehre von der Erlöschung der Klagen durch Nichtanstellung mit der Lehre von der Erwerbung eines Rechts durch langjährigen titulirten oder nicht titulirten Besitz in einem Titel und unter einem Gesichtspunkte zu behandeln, und daher die Regeln der beiden so disparaten Institute durcheinander zu würfeln. Nur in den Artikeln 712 und 1234 finden wir die Trennung angedeutet von einer prescription afin d'acquérir und von einer prescription afin de se libérer, sowie die Quasidefinition, die uns der Artikel 2219 von der Prescription gibt,

23) Locré legislation de France. Tom. XVI. p. 576.

ebenfalls die beiden Institute andeutet, aber zusammenhält; hätten die Redaktoren des Code auch hier ihrem Musterbild gefolgt, es wäre eine Konfusion nicht entstanden, die den eigentlichen Text beinahe unbrauchbar macht.

Daß aber bei der 30jährigen erwerbenden Verjährung — und eine andere kennt der Code nicht — sämmtliche Grundsätze der accessio possessionis zur Anwendung kommen, ergibt sich nach dem Vorgetragenen von selbst und ist auch von den Schriftstellern der Materie anerkannt.

XIII.

Die neusten legislativen Erscheinungen in Bezug auf Advokatenordnungen.

Von

Herrn **J. H. Beschorner**,
Rechtsanwalt in Dresden.

Die Stürme der Jahre 1848 und 1849 sind verrauscht, der furchtbare Strom, der sein Ufer übertreten hatte, ist in sein Bett zurückgekehrt und die Leidenschaften, die überschwenglichen, excentrischen Ideen haben der Besonnenheit und Vernunft wieder Platz gemacht. Jetzt ist es Zeit, zu sichten und zu prüfen, was die Revolution, die sich aller Geister bemächtigte und an allen Thüren angeklopft hatte, in buntem Gemenge aus den Tiefen hervorgeworfen hat; der Kern wird von der Schale, das gute, brauchbare Metall von der großen Menge der Schlacken zu sondern sein, die der Vulkan ausgeworfen.

Auch das Civilprozeßverfahren hat fast in allen deutschen Ländern einen Stoß erhalten; die Langsamkeit und Schwerfälligkeit des Prozeßganges, die große Kostspieligkeit, die Vielschreiberei wurde Gegenstand der heftigsten Klagen,